21


S. CATHARINA SENENSIS.

1. EN este Pleyto, que siguen Don Luis, Don Miguel, D. Juan de Velasco y Mendieta y Cavallero, como hijos, y herederos de Don Miguel de Velasco y Mendieta, y Don Diego de Venegas, como marido, y conjunta persona de Doña Vrsola de Velasco otra de los hijos, y herederos de dicho Don Miguel: sobre pretender se declare por nula la agregacion, que al Vinculo, y Mayorazgo de Doña Vrsola Ramon de Salazar hizo de el remaniente de sus bienes, y entre ellos de las dos Heredades de Fuertes, y el Palmar, termino de Alcalà de Guadayra, el Beneficiado D. Diego de Velasco y Mendieta, de que es posseedor Don Diego de Velasco y Mendieta Cavallero, por muerte de el dicho Don Miguel su Padre; el Teniente Primero Don Fernando Marquez de la Plata, diò, y pronunció su sentencia, en que absolviò, y diò por libre al Mayorazgo, y agregacion à èl hecha por dicho Beneficiado, y tambien à Don Diego de Velasco Mendieta y Cavallero, como su posseedor de la demanda sobre lo referido, puesta por las otras partes, y diò por bien hecha la agregacion, è institucion que D. Miguel de Velasco hizo como Commissario de el Beneficiado su hermano, y mandò, que como bienes agregados, y perte-

 neciens-

necientes à dicho Mayorazgo, continùasse en su goze, y frutos de dichas Heredades Don Diego como su actual posseedor, y los demàs, que en adelante lo fuessen con los vinculos, llamamientos, calidades, y prohibiciones contenidas en las clausulas de el poder para testar, y testamento en su virtud hecho, y fundacion de dicho Mayorazgo.

2. Apelóse de esta sentencia por las otras partes para ante V. S. pretendiendo su revocacion, y aviendo escrito en derecho su Abogado, como tambien el de Don Diego de Velasco Mendieta y Cavallero, actual possedor de el Mayorazgo, y de los bienes à èl agregados; Visto este Pleyto por V. S. como assimismo ambos papeles en derecho de vna, y otras partes V. S. en vista por su sentencia difinitiva, confirmò la referida de el Teniente, como en ella se contiene, con que se pagasse las mejoras hechas en la heredad de Fuertes (vna de las agregadas) que se liqui dassen.

3. De esta sentencia de vista de V. S. se ha suplicado por las otras partes; y aviendo pedido prueba, y concedidoseles con ciertos terminos peremptorios en ellos han hecho probanças, y respecto de que estas son las que ay de novedad en el Pleyto, y que con ellas no adelanta su intento (como se procurarà fundar) pretende Don Diego de Velasco Mendieta y Cavallero, atento à estàr el Pleyto concluso el que V. S. se sirva de confirmar en grado de revista su sentencia de vista, en que se confirmò la de el Teniente.

4. Componese la probança hecha por las otras partes en esta tercera instancia de siete testigos: y lo articulado en su interrogatorio fue lo primero; de que por aver sido la heredad de el *Palmar* propria de Don Miguel, y libre de Mayorazgo, lo dixo assi en algunas ocasiones; y ofreciò darla en dote à vna de sus hijas queriendola poner en estado; y que tambien Doña Inès Cavallero su muger dixo era libre la heredad dicha de el Palmar.

5. Depusieron en esta pregunta sus testigos, algunos sirvientes, y Capatazes de ella, y de otras immediatas, y todos de *oìdas à Don Miguel*, que era suya, y compradose con su dinero; y que aunque la venta fue en cabeza de el Beneficiado su hermano, y corriò con ella fue por exonerarse Don Miguel de pagar Millones, todo de oìdas al suso dicho. Y otro de los testigos, que es Juan Garcia, dixo de

oìdas

oìdas al Beneficiado, que aunque la venta se avia hecho à su cabeza pertenecia à Don Miguel su hermano. Y Doña Leonor de la Cerda otra de los testigos dixo, que proponiendo la testigo casamiento para vna hija de Don Miguel, y tratandose de la dote ofreciò Don Miguel la hazienda de el Palmar, y que resistiò à ello Doña Inès Cavallero su muger, por dezir era la halaja libre que avia. Vnica testigo en esta circunstancia de la dote.

6. Francisco Delgado otro de sus testigos depone, que antes de la muerte de el Beneficiado oyò dezir à personas de la familia de Don Miguel, *que no haze mencion las que fueron*, como dicha heredad era libre, y de Don Miguel, *y que muerto el Beneficiado se dixo en la familia de Don Miguel dicha heredad era vinculada*; y que despues de muerto Don Miguel *oyò dezir en sus casas*, *que corria la vinculacion:* (en cuyas circunstancias vltimas que expressó, testigo contra producentem)

7. Esta es la probança, que en quanto á este punto se ha hecho, reducida à testigos de oìdas à Don Miguel, vno al Beneficiado Don Diego, y otro vnico de oìdas à D. Miguel, y su muger, en quanto al hecho de ofrecer en dote la heredad.

8. Y ademàs de que en la instancia de vista por esta parte depusieron sus testigos lo contrario de oìdas assi al dicho Don Miguel, como al Beneficiado su hermano, y que el posseerla Don Miguel fue por concession extrajudicial, que por tiempo de su voluntad le hizo el Beneficirdo para que gozasse de sus frutos pagando al Capataz, y operarios, y tambien los diezmos; y que Don Andres Rodriguez Galan vno de los testigos dixo *sabia todo lo referido*; y añadiò le dixo el Beneficiado, que el darle la heredad á su hermano Don Miguel en la forma referida, era tambien por averse casado á su gusto; como con toda expression, y claridad se manifiesta en el papel en derecho de esta parte desde el num. 49. hasta el 53. inclusive, lo cierto es, que esta probança de las otras partes aora en esta instancia hecha de oìdas, ni prueba su intento, ni desvanece la hecha por esta parte en la otra instancia, ni elide los demàs instrumentos, y circunstancias, que resultan de los autos, ni destruye lo dispuesto expressamente por derecho.

Fari

9. *Farinac. de teſtib. lib. 3. pract. tit. 7. quæſt. 69. cap. 4.* hablando de el teſtigo, que dize de oìdas; no de las oìdas vagas en qué no dá autor, conſtituye gran diferencia, pues dize que vnas ſon oídas *de auditu proprio*, y otras *de auditu alieno*; las de auditu proprio quando depone diziendo, *proprio ſenſu audivit contrahentes, & hoc ſuo proprio auditu deponit*; y eſtas ſon las oìdas de confeſſion extrajudicial, que ſi *præſente parte* hazen ſemiplena probança, como quieren vnos, y ni aun eſta ſemiplena, como aſſeguran otros; *abſente parte* no prueban, afirmando aſſi con eſta miſma diſtincion *Farinac. in loco citat. Surd. deciſſ. 12. Fontan. deciſſ. 258. & Gutierr. lib. 3. pract. quæſt. 12.* Y los teſtigos de la probança de las otras partes, aunque de oidas à Don Miguel, y por eſto, ſean de oìdas *auditu proprio*, y de confeſſion extrajudicial, ſon *abſente parte*; *non preſente*, pues no dizen ſe hallaſſe preſente el Beneficiado Don Diego quando Don Miguel dezia era la heredad ſuya.

10. Llegaſe à eſto el que *de auditu proprio*, no baſta vn teſtigo, ſino que es neceſſario aya mas que *præſente parte* hagan ſemiplena probança; y eſtos que depongan de vn miſmo acto, y no de diſtintos; y por eſto ſean ſingulares, ſalvo en delito de adulterio, vſura, y heregia, delitos reiterados de tracto ſuceſſivo, y que *ſub ſe continent* diſtintos actos, pues ſolo en eſtos caſos eſpeciales baſta probar el delito *in genere*; pero no en el caſo preſente, en que los teſtigos de oìdas *auditu proprio*, y de confeſſion extrajudicial *præſente parte*, han de ſer mas que vno, y conteſtes *de loco, & tempore, & eodem actu* para que hagan ſemiplena probança, *ita authores in locis citatis.*

11. *Auditu alieno*, dize *idem Farin.* es el que depone oyò, no à la miſma parte, y à eſte llama, teſtigo *auditu auditus*, que explica con eſte ſimil; *quando audio, te, quod mihi dicis, te vidiſſe*; y eſtas oìdas, de oìdas afirma, que ninguna fee merecen.

12. El miſmo *Farinacio dict. quæſt. 69. cap. 1. num. 92. & D. Caſtill. lib. 5. contr. cap. 122. num. 20. cum cap. licet ex quadam 47. de teſtib.* tambien afirman, que el autor de las oídas, y de quien el teſtigo oyò, y depuſo de auditu proprio, ò, es vivo, ó muerto; ſi vivo, debe examinarſe, y que ſino ſe examina *non modica oritur contra producentem ſuſpitio ex qua fides*

teſtibus

testibus de auditu, non solum disminuitur, sed etiam omnino tollitur; quia non solum non probant, sed, nec etiam faciunt inditium, & præsumptionem; y es la razon, porque aunque sean muchos los testigos de oìdas, y otro auditu proprio pro vno reputantur; *leg. cum fundum de cond. & demonstr. & Farinac. deciss. 258. num. 15. & dictum vnius, dictum nullius est cap. licet, cap. veniens, & cap. in omni negotio de testib.*

13. Y si examinado el autor de las oídas, no contestare con los testigos antes si, confessare lo contrario, los testigos *tanquam suspecti de falso repelluntur*; pues en tanto merecen fee en el modo que queda dicho se les dá, en quanto examinado el autor contesta con ellos: ita *Farinac. & D. Castill. supra proxime citati, Surd. cons. 135. num. 96. & Giurb. cons. 70. num. 36.*

14. Acrediten mas esta verdad, y vniversal opinion sin cosa en contrario la ley *qui testamento de cond. & demonst. & leg. Titio de legat. 1. Socin. cons. 120. in 1. dubio, lib. 2. Surd. cons. 419. num. 1 lib. 6. Farin. deciss. 644. num. 2. in posth. 1. part. Parej. de vniuers. instrum. edit. tit. 7. resol. 9. n. 3. & Garcia de nobilit. glos. 41. num. 1. citando à Barth. in leg. 1. ff. si certum petatur num. 13.* en los dos modelos, ò demonstraciones para exemplo, que traen, el vno, quando dizen los testigos saben lo que se les pregunta, porque vieron instrumento publico en que los 100. que Ticio prestò á Caio (que es por lo que se preguntaba) in eodem instrumento continebantur. El otro quando los testigos se refieren à libro, in quo nihil erat scriptum; que no constando de el instrumento, y libro, la certeza de lo que los testigos dixeron, y à que se remitieron, antes si lo contrario, que de ningun modo prueban *tanquam non contestes cum relato.*

15. Verdad es que los testigos contrarios se admiten ad concordiam, *vt evitetur falsum, cap. cum tu 16. vers. nos dicta testium de testib. & Barb. in eo num. 2. Farin. de testib. dict. lib. 3. tit. 7. quæst. 65. num. 99. & 101. & D. Vela discert. 38. num. 77.* Pero tambien afirman estos Autores, deberse entender, quando la contrariedad es entre los mismos testigos, y que el testigo producido por la parte, dize lo contrario que los demàs; mas no quando la contrariedad es entre los testigos, y el autor de quien oyeron; porque en este caso *non admittitur concordia, & tanquam falsi nihil probant, ex quo magis*

ſtatur partis confeſſioni, quam teſtibus, & eorum depoſitionibus quamvis ſint plus, quam mille. Citando otros muchos Autores; *y el ſeñor Vela à Surdo conſ.61. num.34. & 35. Vbi aſſerit quod quando dictum partis, teſtes producentis contrariatur dicto teſtium; tunc non eſt licita aliqua concordia; & ob id, cum tales teſtes ſint in hoc falſi, præſumuntur in omnibus falſi.*

16. Depuſieron los teſtigos de las otras partes de oìdas á Don Miguel ſer ſuya la heredad de el Palmar, y vno de ellos de oìdas al Beneficiado, era de Don Miguel ſu hermano; y por lo que mira á que, el no averſe examinado, como debieran, ha ſido por ſer ambos muertos; Veamos en vida que dixeron, y executaron los dichos Don Miguel, y ſu hermano, y ſi conteſtaron con lo que dizen los teſtigos, les oyeron.

17. En quanto al Beneficiado Don Diego, eſte por ſi, y para ſi comprò dicha heredad de el Palmar en remate publico por el año de 670. en 72ꝟ. reales que depoſitò, de que tomò poſſeſſion, y amparo; y la comprò para agregarla con la otra de Fuertes al Mayorzago de Doña Vrſola ſu madre, como lo dixeron los teſtigos de eſta parte en la probança, que hizo en la inſtancia de viſta de V. S. como tambien aver concedido el vſo de ella por el tiempo de ſu voluntad, y con el cargo de la paga de el Capataz, operarios, diezmos, y otros derechos á Don Miguel ſu hermano.

18. Dà poder para teſtar dicho Beneficiado á ſu hermano Don Miguel en 23. de Diziembre de el año de 1681. y en èl le previene execute lo que le tenia comunicado, y à continuacion de eſte poder previno, y ordenò la ſuceſſion en ſus bienes por via de vinculo, y mayorazgo, agregandoſe al que fundò Doña Vrſula ſu madre, porque aſſi lo dexaba ordenado en vna memoria que tenia entre ſus papeles, para que ella, y eſta ſu vltima diſpoſicion ſe entendieſſe vna miſma coſa; y ſiendo aſſi, que aviendo comprado dicho Beneficiado para ſi por el año de 1654. en el concurſo de Anton de Armijo el Oficio de Veintiquatro con nombre de Eſcrivano mayor de ſacas en precio de 56ꝟ. reales, y declarado averlo comprado para Don Miguel ſu hermano, y con caudal de el ſuſodicho, y eſte Don Miguel tomado poſſeſſion año de 1674. y tambien declarado por eſcritura publica de 6. de Noviembre de dicho año de 1674. que el dicho oficio

de Veintiquatro pertenecia à Doña Vrſola Ramon de Salazar ſu madre, pues aunque tenia declarado pertenecer à Don Miguel ſu hermano, lo cierto era pertenecia à Doña Vrſola ſu madre por averſe comprado con ſu dinero, y que aſsi tocaba à la hazienda de la ſuſodicha; en el poder para teſtar que otorgò en el referido año de 1681. ni antes, no declarò fueſſe la heredad de el Palmar de Don Miguel ſu hermano, antes ſi le comunicó, que él ſolo la vendieſſe para hazer otro Molino à la otra hazienda de Fuertes, y de no, que quedaſſe luego agregada al mayorazgo, como aſsi lo declarò el miſmo Don Miguel en el teſtamento, que otorgò como Commiſſario de el dicho ſu hermano. Con que ſi en vida, y aun al tiempo de ſu muerte no dixo, ni declarò ſer eſta heredad de el Palmar de ſu hermano, antes ſi como ſuya propria diſpone de ella agregandola al mayorazgo, permitiendo gozaſſe de ſus frutos por el tiempo de ſu voluntad, y con el referido cargo Don Miguel ſu hermano (ademàs de que ſolo vn teſtigo fue el que dixo de oìdas al ſuſodicho, que no baſta como eſtà fundado) ſi lo que dixo, y executò el Beneficiado en vida, y en muerte ſobre dicha heredad fue como ſuya propria, es viſto que el vnico teſtigo *tanquam non conteſtis cum relato, & tanquam falſus nihil probat, & magis ſtatur partis confeſsioni, quam teſti licet ſint plus quam mille.*

19. Por lo que mira à los teſtigos que depuſieron de oìdas â Don Miguel, aunque fueron mas que vno procede lo miſmo; y ſino publiquelo lo que executò el miſmo Don Miguel, y conſta de los miſmos Autos.

20. En virtud de el referido poder de ſu hermano otorgô ſu teſtamento en 22. de Junio de el año de 1682. declarando en él averle comunicado vendieſſe eſta heredad de el Palmar, y con ſu procedido fabricaſſe otro Molino, y Almacen de azeyte en la de Fuertes para la agregacion al mayorazgo, y que ſolo él la pudieſſe vender, y de no hazerlo quedaſſe agregada con la otra à dicho mayorazgo.

21. Muerto el Beneficiado haze inventario de ſus bienes como ſu Albacea Don Miguel, y entre ellos puſo ambas heredades.

22. En la relacion jurada, que como tal Albacea formò, y ſe le tomò, diò por agregadas à el mayorazgo dichas dos

here-

heredades Fuertes, y el *Palmar*, y se huvieron por agregadas; y por cumplida la disposicion de el Beneficiado por Auto de 21. de Março de 1685. y lo que mas es, que como vinculadas, y agregadas al mayorazgo, que gozaba Don Miguel las posseyó hasta el dia de su muerte, como lo probò con testigos esta parte para la possession, que por executoria se le mandò dàr, como sucessor en el vinculo, y mayorazgo referido, y heredades à él agregadas por muerte de el dicho Don Miguel su Padre.

23. Es esto confessar Don Miguel ser la heredad suya? Ni es contestar con los testigos de oìdas al susodicho? Pues repito con Farinacio, Surdo, Socino, Pareja, Garcia, y el señor Vela *in locis iam citatis; tanquam non contestes cum relato, & tanquam falsi nihil probant, & magis statur partis confessioni, quam testium depositionibus, licet sint plus quam mille.*

24. Concurre con esto, que haziendome cargo en mi papel de los fundamentos de que se han valido las otras partes para dàr à entender, y querer persuadir à que dicha heredad fue de Don Miguel valiendose de vnos papeles, y quentas simples sin forma, que han presentado, y de otros medios, he procurado satisfacer, y fundar en el seguudo punto desde el num. 120. hasta el fin à que me remito, y aqui no repito por no ser molesto; pues solo en lo que el pleyto tiene de novedad por la llamada probança hago estas nuevas apuntaciones.

25. Y prosiguiendo en ellas passo à mas, y digo; dado, y no concedido que huviesse sido la heredad del Palmar de Don Miguel, y no de su hermano; toda la vez que en el testamento que como su commissario otorgò la confessò por de su hermano, & ideo agregada al vinculo, heredero, que él mismo como su actual posseedor, y en fuerça de lo que le comunicó su hermano agregò; esto basta para que se tenga por agregada, y por desvanecida la pretension de las otras partes.

26. Pues aprobar, y ratificar el heredero la disposicion de el testador, no es otra cosa que ligarse, y quedar en el todo à su observancia, validacion, y cumplimiento obligado. *Gom. 1. var. cap. 12. num. 81. Gutierr. de iuram. confirm. 2. part. cap. 1. num. 10. & cap. 6. num. fin. Avend. de exequend. mand. cap. 29. num. 10. & Rodrig. de execut. cap. 1. art. 2. ex num. 41.*

27. Se esfuerça mas con los testos de la ley *Si pupili*, §. *item quæritur*, *ff. de negot. gest.* y de la ley *fin. Cod. de remit. pign.* en que el pago que Sempronio hizo à Ticio de cierta cantidad que debia à Caio, juzgando que de este Caio tenia poder Ticio para su cobrança, aunque reconociendo despues le faltaba el poder á Ticio, y por esto intentò la repiticion con la condicion indebiti; y sin embargo se le diò por libre à Ticio, y por legitimo el pago por aver salido Caio alegando estàr el pago bien hecho, y por esto ratificarlo: *quia litem Caius ratificavit*, dixo el Emperador en la ley final; *& quia ex ipsa ratificatione tanquam si ipse fecisset remanet obligatus*; el Consulto en el §. item quæritur: y no solo la ratificacion expressa, sino que tambien causa los mismos efectos la tacita: *Garcia de nobilit. glos.* 8. §. 1. *ex num.* 5. y con la ley 23. *tit.* 34. *part.* 5. *& leg.* 1. 2. *& finali, Cod. si maior factus ratum habuerit, Gom. tom.* 2. *var. cap.* 14. *num.* 12. mayormente quando este confessar, y aprobar la vinculacion de la heredad de el Palmar Don Miguel, era à él solo à quien pudiera perjudicar, pues de ser libre, tuviera la libertad de disponer de ella como le pareciesse.

28. *Escobar de purit.* 2. *part. quæst.* 6. §. 4. *num.* 19. *&* 20. hablando de la confession de el Padre en favor de el hijo dize: prueba plenamente contra si, y en favor de el hijo; y dà la razon expressada en la ley 1. §. *Julianus*, *ff. de agnosc. liber. Quia ex simili confessione provenire possit patri emolumentum, & nocumentum filio, ex denegatione alimentorum, successionis, & aliorum onerum ad patrem pertinentium; & ratione huius commodi, patri creditur, dum in favorem confitetur filiorum; secus verò si contra, quia tunc potius præsumitur à prædictis se voluisse exonerare oneribus.* Pero es demàs repetir doctrinas en confirmacion de lo dicho; quando con bastante extension, y explicacion se exornaron en dicho mi papel desde el num. 155. vsque in finem sobre este mismo vltimo punto, á que en todo me remito. Con que si, aun en caso de ser esta heredad de el Palmar de Don Miguel, por su proprio hecho la agregò al mayorazgo, y quedó á èl agregada; con quanta mas razon lo estarà, aviendo sido como fue de el Beneficiado su hermano sin que lo desvanezca la llamada probança de esta tercera instancia, como queda fundado.

29. Articularon tambien las otras partes, y trataron de

probar

probar en esta tercera instancia, de que por querer Fray Fernando de Velasco, Religioso que fue de el Convento de Nuestra Señora de el Carmen Casa grande de esta Ciudad, hijo de el dicho Don Miguel, el que dicho Don Miguel su Padre declarasse por instrumento autentico ser suya propria dicha heredad de el Palmar, y que por no averlo hecho se llegaron á desabrir, y disgustar, de que se accidentò Don Miguel.

30. Pero en esto la probança que hizieron se reduce, á que Juan Ortiz vno de los testigos dize de oìdas al dicho Padre Fray Fernando, que ademàs de ser vnico pues no ay otro, que en esta pregunta deponga, dize de oìdas *auditu alieno, auditu auditus*, que no prueba como và dicho.

31. Trataron assimismo de justificar articulando de que por el accidente, que se dize le dió à Don Miguel por el desabrimiento, que tuvo con su hijo Fray Fernando, sobre que declarasse por suya la heredad de el Palmar Doña Vrsola, y Doña Aña de Mendieta sus hijas, convocaron à dicho Religioso su hermano à vna casa particular à rogarle no pidiesse judicialmente à su Padre la referida declaracion, porque se sofocarìa, y que por esto suspendió dicho Religioso el pedir la declaracion; y tambien las instancias que se dize hizo el Padre Maestro Haro à Don Miguel estando para morir sobre que dixera ser libre la Heredad.

32. Doña Francisca Delgado vna de los testigos dize, que estando malo en cama Don Miguel, acompaño la testigo à las dichas Doña Vrsola, y Doña Ana, que iban á vèr dicho Religioso à vna casa particular para persuadirle fuesse à vér à su Padre, y que con efecto fue à verle *sin que la testigo supiesse la razon, que dicho Religioso avia tenido para disgustarse con su Padre, respecto que ni èl, ni sus hermanas la participaron à la testigo la causa, ni que procurò saberla; y que si entonces se dixo el motivo de el enojo, la testigo no pondria atencion à saberlo, y que si lo oyò no haze memoria de la causa porque fuesse.*

33. Examinaronse Gregorio Ruiz, y Doña Maria Hermoso su muger; y estos dixeron fueron à sus casas dicho Religioso, y sus hermanas, y que estas le pidieron no conviniesse judicialmente à su Padre à que hiziesse la referida declaracion; Tal no dize la dicha Doña Francisca Delgado, que acompañada de las dichas Doña Vrsola, y Doña Ana

fue

fue à la caſa donde eſtaba dicho Religioſo, y lo que mas es, que las dichas Doña Vrſola, y Doña Ana no ſe examinaron, ni dizen coſa alguna en eſto.

34. Eſta es la probança que en èl ſe ha hecho, que aun quando huvieſſen dicho los teſtigos, no varios, ſino conteſtes, ſe reducia à oìdas extrajudiciales à Fray Fernando. Y ſi aun de oìdas al miſmo Don Miguel no prueban; con quanta mas razon no probaràn de oìdas à Fr. Fernando.

35. Tiene eſto tambien el convencimiento de que à ſer cierto que Fray Fernando le huvieſſe dicho à ſu Padre hizieſſe la declaracion; y à no aver duda en que la heredad de el Palmar fueſſe ſuya; no huviera Don Miguel rehuſado el declararlo; y ſi le dió el accidente, que ſe ſupone por el deſabrimiento, que ſe dize tuvo ſobre ello con Fray Fernando ſu hijo, eſto ſeria por reſiſtir Don Miguel à no condeſcender con la temeridad de ſu hijo, y à no hazer vn perjuro declarando ſer ſuya la heredad, ſiendo como era de el Beneficiado ſu hermano: pues de ſer ſuya de Don Miguel no ſe le pudiera ofrecer reparo en declararlo pues en eſto, ni à ſi, ni à ſus hijos perjudicaba; y lo que mas es, que aunque à inſtancias de Fray Fernando huvieſſe hecho la declaracion que le pedia, por ella no perjudicaba al Beneficiado ſu hermano, á la agregacion al vinculo, ni á los ſuceſſores à èl, pues no tenia derecho proprio à la heredad mediante que antes que ſe le pidieſſe la declaracion, y deſde la muerte de el Beneficiado eſtaba agregada al vinculo, y ſin derecho alguno à la heredad como propria por lo que queda fundado.

36. En virtud de Cartas generales de cenſuras declararon Doña Vrſola Jacoba de Velaſco hermana de el dicho Don Miguel, y Doña Maria Euſebia Martinez ſu ſobrina de el dicho Don Miguel, y lo que dixeron fue; la dicha Doña Vrſola de oídas à Don Miguel ſu hermano, y à la gente de ſu caſa, que eſtando para morir Don Miguel le preguntò el Padre Maeſtro Haro ſi dicha heredad era libre, y que le reſpondiò que ſi, demonſtrandolo con ſeñas. Y la Doña Maria Euſebia de oìdas à la dicha Doña Vrſola, y à otras perſonas de la caſa: con que ſi eſta Doña Maria dize de oìdas à Doña Vrſola, y eſta Doña Vrſola de oìdas à Don Miguel eſtando para morir, además de deſvanerſe con lo

que sobre los testigos de oìdas và fundado, por lo que mira á que las oídas fueron estando para morir Don Miguel mal pudiera este responder por señas quando desde el punto que le diò el accidente hasta que muriò estuvo privado de razon, y sentido, como lo depusieron los mismos Medicos, que le assistieron; sobre que tambien procede lo que sobre este hecho consta de el pleyto, y con especificacion en mi papel en derecho; y lo que mas es, desestimadas tales oìdas por V. S. pues por su sentencia de vista confirmò la de el Teniente.

37. En virtud de las referidas censuras declararon tambien las dichas Doña Vrsola, y Doña Maria hermana, y sobrina de Don Miguel, Doña Vrsola que le consta de la memoria escripta, y firmada de mano de el Beneficiado Don Diego para la formacion de su disposicion (que es de la que hizo mencion el otrosi de el poder para testar) y que la dexaba en vna gabeta de vn escriptorio, porque assi se lo dixo dicho Beneficiado pocos dias antes de morir; y añade, que muerto el Beneficiado entrò en el manejo, y govierno de todos los bienes Don Miguel como su heredero; y que preguntando la testigo por la memoria, respondiò Don Bartholomè de Aperribay (ausente en Indias) no se sabia donde estaba, y que no parecia, porque Doña Inès Cavallero de Cabrera muger de el dicho Don Miguel la avia roto juntamente con el dicho Don Miguel su marido.

38. Doña Maria Eusebia otra de las que declararon dize de oídas á la gente de la casa de Don Miguel aver dexado el Beneficiado la memoria escrita, y firmada de su mano, y que aviendose hecho diligencias para su hallazgo, no se avia hallado, ni sabido su paradero.

39. Con q̃ lo que se saca de estas dos vnicas declaraciones sobre la memoria son dos cosas ambas contra las otras partes; la vna la certeza de la memoria, y averse desparecido; y la otra, que quien la despareciò segun lo que dizen las dos testigos fue Don Miguel hermano de el Beneficiado, ayudandole à ello su muger, que à contener esta memoria lo contrario de lo que dispuso en el poder para testar; y otrosi del el Beneficiado, y à no dexar en la memoria agregado al vinculo, y mayorazgo todo el remaniente de sus bienes, y entre ellos las referidas dos heredades, como lo dixo en el

otrosi

otrosi de el referido poder, expressando, y disponiendo en este otrosi, que èl , y dicha memoria se tuviesse por vna misma cosa, y disposicion, porque assi era su voluntad; sino que en la memoria huviesse prevenido el Beneficiado quedassen sus bienes libres, y sin vinculacion para Don Miguel su hermano, y hijos; ni el dicho Don Miguel, ni la dicha Doña Inès su muger la huvieran roto, antes si por su proprio interesse conservadola, para que por ella se viessen quedaban los bienes libres; que por constarles por ella la agregacion al vinculo la romperia, no pudiendo discurrir se fuesse otro el motivo, sino este, que es el natural; y este desparecer, y romper la memoria Don Miguel, y su muger prueba màs la certeza de la vinculacion de las dos heredades, y que fuessen proprias de el Beneficiado, y no la de el Palmar de Don Miguel, como los demàs sus hijos, y herederos lo quieren dàr á entender, convencidos ya en lo indubitable de la vinculacion.

40. Fuera de que toda la vez que el Beneficiado en el otrosi de el poder quiso, y fue su vltima voluntad el que el remaniente de sus bienes se agregasse al vinculo, que era lo mismo que dexaba dispuesto en dicha memoria, esta su vltima, y suprema voluntad como dispositiva, y no relativa, basta para que subsista, aunque no aya parecido la memoria, como bastantemente con textos, y solidas doctrinas en los mismos terminos fundè en mi papel desde el num. 100. hasta, 109. inclusive.

41. Y lo que mas es, que es tal la fuerça de la clausula dispositiva, y no relativa, que aunque la memoria huviesse parecido, y contuviesse lo contrario de la disposicion testamentaria, à esta, y no á la memoria era à lo que se avia de estàr, y como vltima voluntad se debia observar. Como doctissimamente tocó, y resolviò D. Castill. lib. 4. controv. cap. 43. num. 4. exornado su lugar al num. 110. de dicho papel, à que tambien me remito; con que no solo las otras partes no han adelantado su intento; con las probanças, que en esta tercera instancia solicitaron hazer, sino que antes si de ellas mismas mas, y mas se aclara la verdad, la justicia, y legitima defensa de esta parte.

42. Y vltimamente trataron de articular, y probar de aver hecho Don Miguel beneficios, y mejoras en dicha heredad

de

le el Palmar, que algunos de sus testigos dixeron, ninguno les dá valor, ni estimacion de su costo, y si las hizo fue vendiendo todo el Pinar de la hazienda de Fuertes en mas de 39U. reales, y al Commissario de los Santos Lugares 2U500. estacas de dicha heredad de Fuertes, las 2U. â 11. reales, y las 500. restantes â 10. reales: A Don Martin de Ollo 200. y mas estacas de ambas heredades à 9. reales y medio cada vna por el año de 1701. A Don Lorenço de Ybarburu 200. estacas de la heredad de el Palmar â precio de 10. y medio reales. A Don Thomas Orzi 400. estacas â 10. y medio reales de la de el Palmar. A Don Juan Baptista Clarabout el año de 1698. 200. estacas â 7. y medio reales: A los Padres de el Hospicio de Indias 200. â 8. y medio reales: A Don Lorenço de Soto en el mismo año 50. â 8. y medio reales: con cuyos valores, no solo costeò la obra de el Molino, y Almacen sin tinajas, vasijas, ni piedras, ni calderas, que nada de esto tiene, ni hizo; sino que le quedaron cantidades crecidas de las ventas de el referido Pinar, y estacas, como todo â su tiempo se probarà en otro juizio despues de determinado en revista este. A que se llega el aver dexado destruidas ambas haziendas, y las casas de ellas, y otras en esta Ciudad de el vinculo quasi hundiendose, como parece de la visita, que sobre ello se ha hecho â pedimento de esta parte, y consta de los Autos; â cuyos reparos las contrarias como tales herederos estàn obligados.

43. Llegase â esto que en las quentas de Albaceazgo que diò el dicho Don Miguel, como de ellas consta, puso por caudal de el Beneficiado Don Diego su hermano diferentes cantidades, que le debian; y si las cobrò, es mas caudal por la agregacion al vinculo, y deben sus herederos satisfacerlas; y sino las cobrò, fue de su cargo el cobrarlas como tal Commissario, Albacea, y posseedor de el vinculo, y bienes â èl agregados, y deben compensarse con las referidas obras, como tambien el valor de los menoscabos de las heredades, y casas, como â su tiempo mas en forma se pedirá.

44. Alegan con vista de la probança sobre las obras, y mejoras liquidas de que aviendo labrado el Almacen, y Molino en la otra hazienda de Fuertes, quedò libre, y no agregada al vinculo, y mayorazgo la de el Palmar, pues para labrar el

... facultad â Don Miguel su hermano para que, para el referido efecto, vendiesse la de el Palmar.

5. A esto se satisface: Lo primero, que no aviendo llegado el caso de venderse la heredad de el Palmar, queda esta agregada al mayorazgo, en conformidad de averlo ordenado assi el Beneficiado, y comunicadoselo en esta misma forma á Don Miguel, como èl lo declarò en el testamento, que otorgò como su Commissario. Lo segundo, que no se puede dezir propriamente hecho el Almacen, y Molino, pues les falta tinajas, vasijas, piedras, y caldera, que no tienen. Y lo tercero, que de estas llamadas impensas luego que se liquiden en otro juicio, la accion que por ellas despues de liquidas podràn deducir las otras partes como herederas serà de la repeticion de su estimacion de las que fueren mejoras necessarias, que se consolidaron con la propriedad; y para esto tienen contra si la compensacion de los frutos, que rindieron dichas mejoras de que se vtilizò Don Miguel, y tambien compensacion de los menoscabos de las haziendas, y ruina de las casas, causado todo en tiempo de el dicho Don Miguel, como en llegando el caso mas se justificarà.

6. Si la novedad que el Pleyto tiene es la probança referida hecha por las otras partes en esta tercera instancia; y si no les aprovecha, ni con ella han adelantado su intento, como he procurado fundar en estas breves apuntaciones añadidas â mi papel: confia esta parte en el buen exito de este Pleyto, en que V. S. confirme en grado de revista su sentencia de vista; que assi lo suplica; y su Abogado sugeta estas apuntaciones, como todo lo demàs de el papel en derecho, que ha escrito, al mejor, y mas superior dictamen de V. S. Sevilla, y Abril 3. de 1717. años.

Lic. Don Pedro Garcia Bello.